



DAS BEISPIEL ÖSTERREICH

WOLFGANG KOZAK | 21.10.2021



DARSTELLUNG BEHANDELTEN THEMEN

WELCHE THEMEN WERDEN BEHANDELT

Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Saisonbetrieben

Verdienstersatz

Epidemiegesetz/Covid-19 Maßnahmengesetz + darauf fußende VO, § 1155 ABGB

Verhaltensweise der KVT

Homeoffice-Regelung

Erlaubte Kündigung bei Testverweigerung

Impf-/Testpflicht in Österreich

WAS HAT ÖSTERREICH RICHTIG GEMACHT?

„DAS LICHT AM ENDE DES TUNNELS“ - „DIE NÄCHSTEN 10 TAGE SIND ENTSCHEIDEND“



Mission Control ? Message Control!

HISTORISCHER RÜCKBLICK

Aufgrund des Ausbruchs von Corona im tiroler Paznaun und eines fehlenden Sicherheitskonzeptes wird die Ansteckung unkontrollierbar und die Skisaison mit 13.3.2020 beendet, mit 15.3.2020 folgt ganz Tirol, die Hotels werden mit 16.3.2020 geschlossen.

Nachträgliches Statement von Gesundheitslandesrat Bernhard Tilg:

„Die Behörden haben alles richtig gemacht“

Ab 16.3.2020 tritt Österreich in den ersten Lockdown, nur Geschäfte mit Grundversorgungsaufgaben dürfen geöffnet haben.

BEFRISTUNG UND CORONA

OGH 24.3.2021 9 OBA 118/20Y



SACHVERHALT

Ein Arbeitnehmer einer Seilbahngesellschaft hat einen Arbeitsvertrag „befristet auf das Saisonende der Wintersaison 2020“ abgeschlossen.

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Herbst 2019 war Die Pandemie noch nicht absehbar, die Wintersaison und der Seilbahnbetrieb war bis nach Ostern geplant.

Nach Epidemiegesetz erfolgte die Schließung der Seilbahnbetriebe mit 15.3.2020 lange vor Ende der Wintersaison.

Der Arbeitgeber ging von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf aus.

Der Arbeitnehmer klagte auf Kündigungsentschädigung (Schadenersatz des entgangenen Verdienstes der inkorrekten Beendigung) bis zum geplanten Saisonende

BEFRISTUNGSRECHT IN ÖSTERREICH

Historisch bedingt außer in Sonderarbeitsrechtsgesetzen keine gesetzliche Regelung von Befristungen im Arbeitsrecht

Befristungen nur durch höchstgerichtliche Judikatur geregelt

Keine generelle Umsetzung der Befristungs-RL 1999/70/EG

Grundsätzlich muss für Befristungen der Tag kalendermäßig bestimmt sein, oder der Eintritt des Ereignisses des Befristungsendes sicher erkennbar sein.

Nach Schrifttum muss das Ereignis aber bei Vertragsabschluss feststehen (Löschnigg Arbeitsrecht¹³ (2018) Rz 5/110).

Nach Judikatur genügt es aber, wenn der Endzeitpunkt nach Vertragsabschluss objektiv feststellbar und der Beeinflussung durch die Parteien entzogen ist.

ENTSCHEIDUNG DES OGH 9 OBA 118/20Y

Erfolgte durch Beschluss mit dem die außerordentliche Revision des Klägers zurückgewiesen wurde.

Behördlich verfügte Betriebseinstellung, die zum damaligen Zeitpunkt absehbar über das eigentliche Saisonende hinausging ist als Saisonende zu werten.

Der Arbeitsvertrag endete daher durch Zeitablauf.

KRITIK DER ENTSCHEIDUNG, BZW AN DER JUDIKATURLINIE

- **Durchmischung der Elemente von Befristung und Bedingung ohne Rücksicht darauf, wer den Vertrag aufgestellt hat
(Kein besonderes Abstellen in Österreich auf Vertragsformblätter, die nicht verhandelbar sind)**
- **Durch Judikatur vorgenommene Überwälzung zusätzlicher Einsatzrisiken, die normalerweise durch den AG oder die Gemeinschaft getragen werden (Epidemie-G, Risikotragungsnorm des § 1155 ABGB)**
- **Die für das Arbeitsrecht atypische Risikoübertragung wird dadurch zusätzlich verstärkt, dass der Abschluss von Kettenbefristungen durch die Saisonpausen rechtlich für jede Saison zulässig ist und so kein allgemeiner/ individueller/ besonderer Kündigungsschutz nach österreichischem Recht auch nach jahrzehntelanger Beschäftigung greift.**

VERDIENSTENTGANG - ERSATZ

FÜR ARBEITNEHMER



AK

WIEN

EPIDEMIEG 1950/ COVID-19 MASSNAHMENG, § 1155 ABGB

ABSONDERUNG UND VERDIENSTENTGANG

Einführung unterschiedlicher gesetzlicher Grundlagen
für Betriebsbeschränkungen und Vertretungsverbote



WIEN

VOLLZIEHUNG DES EPIDEMIEGESETZES

- **Die Maßnahmen des Epidemiegesetzes sind in mittelbarer Bundesverwaltung das bedeutet durch den Landeshauptmann und die jeweiligen Bezirksverwaltungsbehörden zu setzen.**
- **Durch die covid-19 Maßnahmengesetze wurde eine einheitliche Verordnungskompetenz des Gesundheitsministers begründet.**
- **In jenen Bereichen die nicht von dieser Verordnung umfasst sind besteht weiterhin die Verordnungskompetenz der Landeshauptleute**
- **Grundlage für Tests, Screening und Absonderungsmaßnahmen finden sich in diesem Gesetz**

§ 32 EPIDEMIEGESETZ

- **Verdienstentgangersatznorm erst seit 1974 im Gesetz**
 - Davor wurde ein (teilweiser) Entschädigungsanspruch nur mittellosen Personen zugestanden (*Keisler;Hummelbrunner in Resch [Hrsg], Corona-HB1.06 Kap 1 (Stand 1.7.2021, rdb.at)*)

- **Grundsatz:**

(1) Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit [...]

dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

§ 32 EPIDEMIEGESETZ

- **Anspruchsvoraussetzung :**
 - **Folgende Maßnahmen aufgrund des Epidemiegesetzes**
 - Absonderung Kranker/Krankheitsverdächtiger
 - Einschränkung oder Schließung des Betriebes (Beschäftigung und Führung)
 - Untersagung der Erwerbstätigkeit
 - Verkehrsbeschränkungen im Epidemiegebiet

- **Nicht hingegen bei Einreisequarantäne: Neuregelung 28.5. – 31.12.2021**

§ 32 EPIDEMIEGESETZ

- Die Vergütung für Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, zu bemessen. Die Arbeitgeber haben ihnen den gebührenden Vergütungsbetrag an den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen auszus zahlen.
- Anspruch geht auf Arbeitgeber über, der einen Ersatzanspruch gegenüber Bund geltend machen kann
- Geltendmachungsfrist gem § 33 nach Ende der Maßnahme 6 Wochen:
 - Für die Maßnahmen aufgrund Coronas wurde diese Frist durch § 49 auf 3 Monate erweitert (Die Gültigkeit der Regelung ist derzeit auf den 30.6.2022 befristet)

§ 1155 ABGB

§ 1155. (1) Auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; [Anrechnungsbestimmung]

(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.

[Regelungen für den Verbrauch]

§ 13 ABS 3 COVID-19 MASSNAHMENGESETZ

- Neue Regelungsgrundlage für Betretungsverbote und Betriebsschließungen

§ 1 Abs 1) Dieses Bundesgesetz ermächtigt zur Regelung des Betretens und des Befahrens von Betriebsstätten, Arbeitsorten, Alten- und Pflegeheimen sowie stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe, bestimmten Orten und öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit, zur Regelung des Benutzens von Verkehrsmitteln, zur Regelung von Zusammenkünften sowie zu Ausgangsregelungen als gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19. [...]

- Epidemiegesetz bleibt daneben als Grundlage für weitere Quarantänemaßnahmen bestehen
- Keine Entschädigung in Gesetz vorgesehen aber Begleitmaßnahmen:
- Umsatzerersatz ohne Anrechnung, Fixkostenzuschuss I und II, abzuwickeln durch WKO

FAZIT

**Regelungen des Epidemiegesetzes sind bundesländermäßig zersplittert
deshalb als nicht geeignet empfunden**

**Chaos in der Vollziehung – Absonderungsbescheide oft ein Vierteljahr nach Erkrankung
zugestellt; Oft nur mündliche Anordnungen**

**Absonderung selber: Oftmals Zwang zur Verpflichtung einer Selbstquarantäne durch
Unterschrift**

**Ersatzrecht nach EpidemieG großzügig – deshalb Neuregelung für Regierung notwendig
Nach dem neuen Covid 19 Maßnahmengesetz kein unmittelbarer
Entschädigungsanspruch**

**Aufgrund der sonstigen Maßnahmen Vorgangsweise verfassungskonform
VfGH 14. 7. 2020, G 202/2020**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

- **§1 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 untersagte unter anderem das Betreten von Kundenbereichen des Handels zum Zweck des Erwerbes von Waren. Wenngleich sich dieses Verbot dem Wortlaut nach an die Kunden von Betrieben richtete, kam diese Maßnahme für die betroffenen Unternehmen einem weitgehenden Betriebsverbot und damit auch einem Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Unversehrtheit des Eigentums [gleich].**
- **Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, eine Entschädigung vorzusehen, hat jedoch stets zu prüfen, ob die Eigentumsbeschränkung im konkreten Fall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Gemäß stRsp des VfGH kann in jenen Fällen eine Entschädigung verfassungsrechtlich geboten sein, in denen einem Einzelnen oder einer Gruppe von Personen ein sachlich nicht gerechtfertigtes "Sonderopfer" auferlegt wird.**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

- **Der Gesetzgeber hat das Betretungsverbot nicht als isolierte Maßnahme erlassen, sondern hat dieses in ein umfangreiches Maßnahmen- und Rettungspaket eingebettet, das funktionell darauf abzielt, die wirtschaftlichen Auswirkungen des Betretungsverbotes auf die davon betroffenen Unternehmen bzw allgemein die Folgen der COVID-19-Pandemie abzufedern, und damit eine im Wesentlichen vergleichbare Zielrichtung wie die Einräumung von Ansprüchen auf Vergütung des Verdienstentganges nach §32 EpidemieG 1950 hat.**
- **[Abhilfemaßnahmen:] Beihilfen bei Kurzarbeit Härtefallfonds zwei Milliarden Euro COVID-19-Krisenbewältigungsfonds mit bis zu 28 Milliarden Euro, "Fixkostenzuschuss,,;**
- **Der Gesetzgeber hat §1155 Abs 3 ABGB geändert ,sodass Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen auf Grund von Maßnahmen nach dem COVID-19-MaßnahmenG nicht zustande kommen, verpflichtet sind, unter bestimmten Voraussetzungen auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.**

FEHLER DES GESETZGEBERS

- **Überschreitung von Verordnungsermächtigung des Gesetzes (umfassendes Betretungsverbot der gesamten öffentlichen Orte) VfGH 14.7.2020 V363/2020**
- **Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes, da keine Kriterien durch das Gesetz vorgegeben sind um die Erforderlichkeit der Maßnahmen durch die VO vorzugeben, bzw einen Prüfmaßstab für den VfGH aufzustellen oder nicht nachvollziehbarer Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen; VfGH 14.7.2020 V363/2020, 23.2.2021 V533/2020**
- **Öffnung der Baumärkte bei gleichzeitiger Einschränkung sonstiger Handelsbetriebe (Beschränkung der Kundenanzahl pro Quadratmeter) unsachliche Ungleichbehandlung von Betrieben, insb der Bevorzugung der Bau/Gartenmärkte; keine nachvollziehbare Entscheidungsgrundlage der Behörde VFGH V395/2020**

FAKTISCHE VORGANGSWEISE DER KVT

KEINE KRANKSCHREIBUNG BEI POSITIVTESTUNG

KEINE FAKTISCHE UNTERSCHIEDUNG QUARANTÄNE/ KRANKHEIT

- **Entgeltfortzahlungsgesetz § 4 Abs 1: Bestätigung des KVT**
- **Bei Quarantäne nicht unbedingt Erkrankung (regelwidriger Zustand)**
- **Aber bei Auftreten von Krankheitssymptomen, die eine Verhinderung der Arbeitsleistung darstellen keine Krankschreibung**
- **§ 32 EpidG nachrangig, daher EFZ-Leistung durch AG ohne Ersatz**
- **Durch Vorgangsweise KVT zwar Sachleistungen aber EFZ-Leistung durch Bund als Ersatz für AG**

SOZIALPARTNERHANDELN

KURZARBEIT UND GENERALKOLLEKTIVVERTRAG

Regelungen im Lockdown



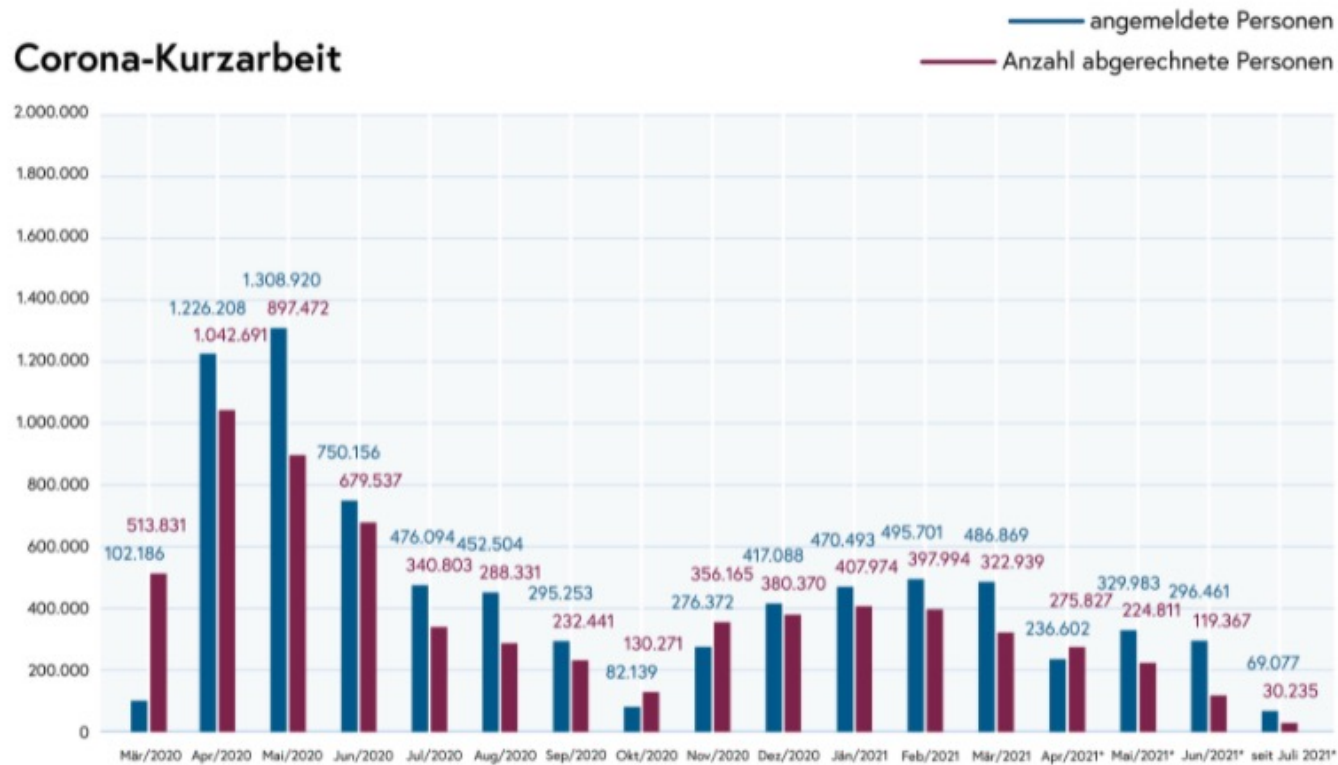
WIEN

SOZIALPARTNERHANDELN

- **Einführung der Kurzarbeit + Grundlage Kurzarbeitsbeihilfe benötigt**
- **Sozialpartnervereinbarung**
 - 2 Teile:
 - Allgemeine schuldrechtliche Vereinbarung ?
 - Musterbetriebsvereinbarung/ Einzelvertrag
 - Arbeitszeitreduzierungen in jeweiliger Phase auf 10%-30% im Rahmen einer Durchrechnung
 - Individueller Kündigungsschutz oder nur Schutz des Arbeitsmarktes durch Belegschaftsauffüllverpflichtung?
 - Arbeitgeber müssen nur tatsächliche Leistung, Urlaub und Zeitausgleichsansprüche voll finanzieren
 - Pflicht zum Verbrauch von Urlaub ZA

STATISTIK KURZARBEIT

[HTTPS://WWW.BMA.GV.AT/SERVICES/NEWS/AKTUELLE-ARBEITSMARKTZAHLEN.HTML](https://www.bma.gv.at/services/news/aktuelle-arbeitsmarktzahlen.html) ABGEFRAGT 19.10.2021



*Hinweis: Die Werte ab April 2021 werden sich nach Abrechnung aller Ausfallstunden noch erhöhen.

SOZIALPARTNERHANDELN

- **Generalkollektivvertrag**
 - Übernahme Testkosten
 - Testen ist Arbeitszeit
 - Pausen bei Maskentragen
 - Benachteiligungsverbot (positives Testergebnis, Anspruch aus KollV)

- **Unklare rechtliche Situation bei bezahlter Dienstverhinderung** (kein fixer Zeitraum, Höchstgrenze unklar)

- **Forderung nach Sonderbetreuungszeit** – von Regierung erfüllt § 18b AVRAG bis 31.12.2021
 - Zunächst 4 Wochen, dann ab September drei Wochen
 - Kostenersatz für Arbeitgeber

HOME-OFFICE

UNBEKANNTE: MOBILES ARBEITEN

Regelungen, die im Anschluss an die Lockdowns erfolgten



WIEN

HOMEOFFICE

Nur durch Einzelvereinbarung

Keine Begründungskompetenz durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung

Vereinbarung kann befristet sein, oder Kündigungsregeln enthalten

Ohne Beendigungsvereinbarung sieht das Gesetz die Beendigung aus wichtigem Grund vor.

EV, BV, KollV können folgende Regelungen treffen

AG zur Bereitstellung digitaler Arbeitsmittel verpflichtet bzw Kostenersatz für eigene Arbeitsmittel möglich

Die Privilegierung durch das DHG wurde auch auf Personen, die mit dem AN im gleichen Haushalt leben, erstreckt

Anpassung des Unfallversicherungsschutzrechtes an die Homeofficemöglichkeit



HOMEOFFICE

Pflicht zum Homeoffice bis 30.6.2021:

Sonderregelung von § 735 Abs 3 ASVG

Personen mit Risikoattestes der SV haben Anrecht auf Homeoffice bzw auf Freistellung bei Fortzahlung des Entgeltes

Es sei denn Arbeitsplatz und Weg zur Arbeit kann sicher gestaltet werden

Statuierung eines besonderen Kündigungsschutzes (Anfechtung)

Bei Freistellung Ersatz des Entgeltes durch Krankenversicherungsträger

Wiederbelebung durch VO, wenn Gesamtsituation wieder schlechter wird

KÜNDIGUNG BEI TESTVERWEIGERUNG ERLAUBT

AKTUELLES URTEIL DES OGH: OGH 14.9.2021, 8 OBA 42/21S

SACHVERHALT

AN seit 23. 2. 2009 bei der Beklagten als Diplomkrankenschwester beschäftigt.

AG betreibt ein Alten- und Pflegeheim mit rund 120 Wohneinheiten

Mit Schreiben vom 26. 11. 2020 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis zum 28. 2. 2021 auf.

Der Betriebsrat wurde von der Kündigung verständigt und hat der Kündigung zugestimmt.

Grund für die Kündigung: Testverweigerung

SACHVERHALT

Der AN hat sich zum Tragen einer FFP2-Maske während der Arbeit bereit erklärt.

Ihm war bekannt, dass schon damals eine Betriebsvereinbarung bestand, wonach auf Kosten des Dienstgebers im Betrieb der Beklagten die wöchentlichen Testungen, wie in der genannten Verordnung vorgesehen, durchgeführt werden.

Der Kläger hat die Testungen nicht deshalb verweigert, weil hierbei ein Nasenabstrich genommen wird, sondern weil er die „**Sinnhaftigkeit des Tests in Zweifel zog**“

KLAGE

Kündigungsanfechtung wegen verpönten Motivs

COVID-19-NotMV idF BGBI II 2020/479

*„Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese durchgehend eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung tragen. Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter **ferner nur einlassen**, wenn für diese einmal pro Woche ein Antigen-Test auf SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wird und dessen Ergebnis negativ ist.*

ARGUMENT OGH

Nur allgemein auf Grund und Freiheitsrechte berufen

Interessensabwägung zum Schutz vulnerabler Gruppen der Vorinstanzen nicht bemängelt

Keine Ablehnung des Tests wegen des damit verbundenen Eingriffs in seine psychische und physische Integrität, sondern wegen Zweifel an der Sinnhaftigkeit

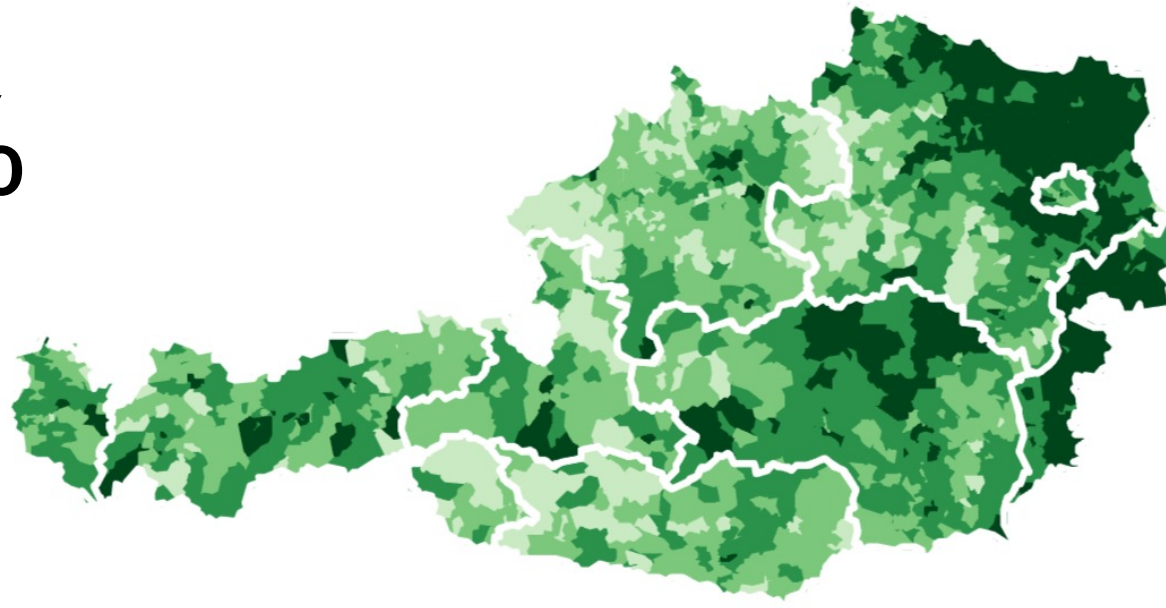
Es liege nicht am Kläger in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer, die Sinnhaftigkeit der Schutzmaßnahmen in Frage zu stellen

3 G AM ARBEITSPLATZ? IMPFPFLICHT?

IMPFEN: KEINE POSITIONIERUNG IN DER POLITIK

IMPFSTATUS ÖSTERREICH

61,8%



≥ 32,3 ≥ 53,1 ≥ 60,1 67,1 - 82,1

Grafik: news.orf.at, abgefragt am 20.10.2021

VERORDNUNG FÜR ARBEITSPLATZ IN VORBEREITUNG

■ **Derzeit:**

Novelle zur Verordnungsermächtigung 3G am Arbeitsplatz

- **Am Abend 20.10 politische Einigung, In Kraft treten VO Anfang November**
- **VO Entwurf**
- **Derzeit nur Regelungen im Rahmen des Betriebes um Erleichterungen beim Maskentragen außerhalb von Kundenbereichen einzuführen bzw Teilnahme an Essen Betriebsrestaurants etc**
- **Datenschutzproblem der Speicherung der Gesundheitsdaten
freiwillige Einwilligung der Beschäftigten mit jederzeitigem Widerruf**

ENTWURFSTEXT VO

§ 9. (1) Arbeitnehmer, Inhaber und Betreiber dürfen Arbeitsorte, an denen physische Kontakte zu anderen Personen nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie über einen 3G-Nachweis verfügen. Nicht als Kontakte im Sinne des ersten Satzes gelten höchstens zwei physische Kontakte pro Tag, die im Freien stattfinden und jeweils nicht länger als 15 Minuten dauern.

...

(4) Im Hinblick auf das Tragen einer Maske und die Vorlage eines Nachweises einer geringen epidemiologischen Gefahr können in begründeten Fällen über diese Verordnung hinausgehende, strengere Regelungen vorgesehen werden.

§19. 10) Arbeitnehmer, Inhaber und Betreiber, die über keinen 3G-Nachweis gemäß § 9 Abs. 1 verfügen, haben am Arbeitsort durchgehend eine Maske zu tragen.

DATENSPEICHERUNG?

§1. (5) Der Inhaber einer Betriebsstätte, [...] ist zur Ermittlung folgender personenbezogener Daten der betroffenen Person ermächtigt:

- 1. Name,**
- 2. Geburtsdatum,**
- 3. Gültigkeit bzw. Gültigkeitsdauer des Nachweises und**
- 4. Barcode bzw. QR-Code.**

Darüber hinaus ist er berechtigt, Daten zur Identitätsfeststellung zu ermitteln. Eine Vervielfältigung oder Aufbewahrung der Nachweise und der in den Nachweisen enthaltenen personenbezogenen Daten ist mit Ausnahme der Erhebung von Kontaktdaten gemäß § 17 ebenso unzulässig wie die Verarbeitung der im Rahmen der Identitätsfeststellung erhobenen Daten.

IMPFPFLICHT

- **In Österreich nur die Pockenimpfung bis in die 60er Jahre**
- **Impfpflicht wird daher nicht einmal für bestimmte Berufsgruppen diskutiert**
- **Einführung derzeit nicht in Sicht.**



GERECHTIGKEIT MUSS SEIN





GERECHTIGKEIT MUSS SEIN

